Med-arb, arb-med y *arb-med-arb* a la luz de la legislación ecuatoriana

Ana Isabel Cobo Ordóñez
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: acoboo@estud.usfq.edu.ec

María Paula Mesías Vela
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: mmesiasv@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018
DOI: doi.org/10.18272/lr.v5i1.1216

Citación

Cobo Ordóñez, A. I., y M. P. Mesías Vela. «Med-Arb, Arb-Med Y Arb-Med-Arb a La Luz De La legislación Ecuatoriana». USFQ Law Review, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, p. 25, doi:10.18272/lr.v5i1.1216.

Resumen
Los mecanismos alternativos de solución de disputas (en adelante, MASC) surgen como respuesta a la necesidad de la sociedad por encontrar una vía alternativa a la justicia ordinaria para la resolución de sus controversias. En este sentido, con el fin de emplear las ventajas de la mediación y del arbitraje, algunas culturas jurídicas han desarrollado las figuras del *med-arb, el arb-med* y el *arb-med-arb*. El presente artículo busca analizar la posible implementación de estos mecanismos en Ecuador. Para tal fin, en primer lugar, se analizarán las figuras de la mediación y el arbitraje en la legislación ecuatoriana. En segundo lugar, a través de un análisis comparado, se identificarán las legislaciones que han contemplado dichos mecanismos alternativos. Finalmente, se determinará la posibilidad de utilizar estos métodos en el sistema procesal del Ecuador. Luego de realizar dichas precisiones, será posible concluir que la autonomía de la voluntad, principio rector de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), no siempre se garantiza cuando se trata de MASC.

Palabras clave
Med-arb, arb-med, arb-med-arb, mediación, arbitraje, MASC.

Med-arb, arb-med and arb-med-arb in light of Ecuadorian legislation

Abstract
Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms arise in response to society's need to find means other than litigation for the resolution of their disputes. To harmonize the advantages of mediation and arbitration, some legal cultures have developed med-arb, arb-med and arb-med-arb. This article seeks to analyze the possible implementation of these mechanisms in Ecuador. For this purpose, the present article studies, in the first place, the figures of mediation and arbitration in the Ecuadorian legislation. In the second place, through a comparative analysis, it identifies the legislations that have contemplated such alternative mechanisms. Finally, the article determines the possibility of implementing these methods in Ecuador. After making these precisions, it will be possible to conclude that the principle of freedom of choice, contemplated in the LAM, is not always guaranteed when it comes to ADR.

Keywords
Med-arb, arb-med, arb-med-arb, mediation, arbitration, ADR.

1. Introducción

Han transcurrido aproximadamente veinte años desde la entrada en vigencia de la LAM[1]. Si bien su promulgación fue un gran avance para el reconocimiento de los MASC en Ecuador, como lo son el arbitraje y la mediación, llama la atención que esta ley se haya quedado en el pasado y no haya evolucionado de conformidad con las necesidades progresivas de las partes.

Precisamente, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son MASC que han surgido porque las partes, al ser dueñas de sus conflictos, han desarrollado procesos que se ajustan a sus intereses. El principio de autonomía de la voluntad ha permitido que las partes apliquen estos mecanismos en distintas tradiciones jurídicas. Sin embargo, en Ecuador, la LAM no reconoce estos mecanismos e, incluso, prohíbe de manera expresa a quien ha actuado como mediador, pasar a actuar como árbitro.

En el presente trabajo de investigación, se analizará el alcance de la mediación y el arbitraje en la legislación ecuatoriana con el fin de arribar a una definición del *med-arb*, el *arb-med* y del *arb-med-arb*, MASC que combinan las posibles ventajas y desventajas de la mediación y el arbitraje. Posteriormente, se hará un breve análisis comparado de cómo otras tradiciones jurídicas han implementado el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb*, y las consecuencias que aquello ha acarreado. Así, el fin último de este artículo será examinar la realidad de estos mecanismos a la luz de la legislación ecuatoriana.

2. Mediación y arbitraje en Ecuador

Una de las funciones primordiales de un Estado Constitucional de Derecho es garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. Para tal efecto, cada país ha adoptado una forma para la resolución de conflictos, y la manera en que cada Estado facilita ese proceso varía en función de su cultura jurídica. El aumento de litigios y la acumulación de procesos lentos y costosos para el Estado y las partes hicieron necesaria la implementación de mecanismos alternos a la justicia ordinaria que garanticen la tutela de los derechos de los ciudadanos.

De manera general, los conflictos que se suscitan entre las partes y cuya solución no puede ser alcanzada a través de su propia voluntad se resuelven ante un tercero imparcial llamado juez. No obstante, existen MASC, que surgen como respuesta a la grave y real necesidad de la sociedad de encontrar otras herramientas que, de manera ágil y eficaz, permitan arribar a un acuerdo entre las partes sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. La conciliación, la negociación, la mediación y el arbitraje son algunos de ellos.

1 Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

En Ecuador, los MASC tienen una larga trayectoria jurídica. En 1963, se dictó la primera ley sobre la materia, la Ley de Arbitraje Comercial [2]. A pesar de que dicha Ley regulaba al sistema arbitral como un medio idóneo para la solución de conflictos comerciales, "no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones" [3]. En los años noventa, debido al amplio desarrollo internacional del arbitraje, surge la necesidad de desarrollar legislación sobre MASC en Ecuador. Así, en el año 1997, se promulga la LAM, misma que tiene como premisa fundamental privilegiar y garantizar los métodos alternativos de solución de controversias. En lo principal, la LAM regula al arbitraje, a la mediación y a la mediación comunitaria como métodos privados e idóneos para llegar a acuerdos satisfactorios entre las partes [4].

En 1998, tras la consulta popular propuesta por el entonces presidente, Fabián Alarcón, los ecuatorianos votaron favorablemente para adoptar una nueva Constitución Política que derogó la de 1979. Por primera vez en la historia republicana, la Carta Magna ecuatoriana consagró constitucionalmente a los MASC como una herramienta alternativa a la justicia ordinaria. Dentro de sus 284 artículos, el artículo 191 de dicho cuerpo señalaba: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos"[5]. Así, "normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico"[6].

Diez años más tarde, tras la constituyente propuesta por el economista Rafael Correa, se adoptó la Constitución de Montecristi. En esta se consagró de manera similar el reconocimiento de los MASC[7] y establecieron dos distinciones con relación a la Constitución del 98. En primer lugar, restringió el ámbito de aplicación de los MASC a materias que, por su naturaleza, se puedan transigir[8] [9] ; y, en segundo lugar, positivó la necesidad de contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado en todos los casos en los cuales el Estado se someta a arbitraje[10].

Con el transcurso del tiempo, el reconocimiento de los MASC se ha ampliado. Así, tras la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009, se consagró al arbitraje, a la mediación y a otros MASC como una forma de servicio

---

2 Galindo, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio* II/4 (2001), p. 123.
3 *Ibíd.*
4 Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
5 Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 191, inciso 3. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
6 Neira, Edgar. "El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana". *Iuris Dictio* VII/11 (2007), p. 63.
7 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
8 Coincidimos con la posición de Juan Manuel Marchán con relación a que esta disposición no es novedosa puesto que el artículo 1 de la LAM ya establecía que el arbitraje procederá únicamente sobre las materias en las que se pueda transigir. Cfr. Marchán, Juan Manuel. "El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana". *Iuris Dictio* XII/14 (2011), p. 66.
9 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
10 Constitución de la República. *Eiusdem.*

público[11]. Posteriormente, en mayo de 2015, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), la regulación de los MASC alcanza un mayor desarrollo legislativo dentro del sistema procesal ecuatoriano[12].

En definitiva, los MASC se consagran en el ordenamiento jurídico del Ecuador con el afán de constituir mecanismos flexibles que se presentan como una opción válida para la resolución de controversias; permitiendo así, alcanzar decisiones óptimas apegadas a la voluntad e intereses de las partes, sin dejar de lado el derecho.

2.1. Conceptos de arbitraje y mediación

No existe una definición global para precisar el alcance de los MASC. Por lo mismo, resulta conveniente aproximarse al término haciendo un análisis de sus características. MASC es un término utilizado para referirse a mecanismos alternos a la jurisdicción estatal que tienen las siguientes características: (i) buscan resolver una diferencia entre dos o más partes; (ii) la materia en disputa, por lo general, se relaciona con derechos u obligaciones civiles; (iii) la disputa potencialmente puede ser llevada a una corte estatal; (iv) la controversia puede ser resuelta mediante un proceso más flexible; (v) el proceso es confidencial; (vi) el proceso involucra un tercer individuo independiente y neutral que añade objetividad a la controversia; y, (vii) son mecanismos que nacen de un acuerdo contractual[13]. Los MASC ofrecen distintas ventajas en cuanto a costos, rapidez, flexibilidad, confidencialidad y manejo del proceso por las partes[14].

De entre la variedad de MASC que existen en Ecuador, el arbitraje y la mediación quizá sean los más importantes o, al menos, los más practicados y utilizados por las partes para llegar a una solución fuera de la justicia ordinaria. Tal es así que existe una ley especializada con el afán de ampliar la regulación de ambos MASC en el ordenamiento jurídico, la LAM. Tanto el arbitraje como la mediación nacen cuando las partes, sobre la base de los principios de autonomía de voluntad y libertad contractual, acuerdan que sus controversias se resuelvan por dichos mecanismos.

2.2.1. Mediación

Se define como mediación al proceso voluntario mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, exploran las maneras de resolver sus diferencias para llegar a un acuerdo satisfactorio[15]. Este mecanismo se enfoca en la comunicación efectiva y en la habilidad negociadora de las partes. El mediador actúa únicamente como un facilitador que asiste a las

11 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

12 Sobre la regulación de los MASC en el COGEP, vid. Código Orgánico General de Procesos. Artículos 102, 106, 153, 363. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

13 *Cfr.* Blake, Susan; Browne, Julie y Sime, Stuart. *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford:: Oxford University Press, 2016, p. 6.

14 *Id.*, p. 7.

15 Cfr. Hyde, Laurance. "Mediation". *Juvenile & Family Court Journal* 35/57 (1984), p. 57.

partes para que negocien de manera eficiente y para que fortalezcan sus habilidades para alcanzar una solución[16]. Como lo expresa Gozaíni, "el mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y la resuelvan por sí mism[o]s"[17]. En otras palabras, son las partes las que solucionan sus controversias con la asistencia de un tercero, quien se encarga de crear una atmósfera en la que los involucrados se sientan libres para discutir abiertamente sobre la disputa[18]. La LAM define a la mediación como "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto"[19]. La ley en cuestión agrega que se podrá solicitar mediación a los centros autorizados o a mediadores independientes[20] y que podrán someterse a dicho procedimiento personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, siempre que sean legalmente capaces para transigir[21].

En Ecuador, la mediación se reconoce legalmente a partir de la entrada en vigencia de la LAM. Desde entonces, la práctica de la mediación se ha incrementado sustancialmente. Las estadísticas del Consejo de la Judicatura revelan que el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial atendió 57.155 casos de mediación[22] de enero a diciembre de 2017. Esto sin contabilizar otros Centros de Mediación que cuentan con mediadores independientes.

2.1.2. Arbitraje

Platón escribió que "los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento"[23]. A través de dicha afirmación, se evidencia que el arbitraje es, esencialmente, una manifestación de la autonomía de voluntad de las partes.

Se define al arbitraje como un proceso para la resolución de disputas en el que un tercero neutral toma una decisión final y vinculante para las partes[24]. En un

16 Cfr. Goss, Joanne. "An Introduction to Alternative Dispute Resolution". *Alberta Law Review*, 34/1 (1995), p. 5.

17 Gozaíni, Alfredo. *Mediación y conciliación: Análisis exegético de la Ley 24.573 y normas reglamentarias, 2003.* http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/gozaini-mediacion-1.pdf (acceso: 07/01/2018).

18 Por esta razón, la mediación tiende a fallar cuando las expectativas de las partes son poco realistas y excesivamente optimistas sobre las fortalezas de su posición, *cfr.* Blake, Susan; Browne, Julie y Sime, Stuart. *A Practical Approach. Óp. cit.*, p. 30.

19 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 43. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

20 Para actuar como mediador independiente deberá contarse con la autorización escrita de un Centro de Mediación, misma que se fundará en los cursos académicos y pasantías del aspirante a mediador. *Cfr.* Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 48. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

21 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 44. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

22 Consejo de la Judicatura. *Datos estadísticos gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial*, 2017. http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#acuerdos-logrados-en-2014-2015-2016-2017 (acceso: 10/01/18).

23 Romero, Seguel. "Nociones generales sobre la justicia arbitral". *Revista Chilena de Derecho* 26/2 (1999), p. 405.

24 *Cfr.* Baruch, Robert. "Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice". *Wisconsin Law Review* 893 (1984), pp. 986-987.

intento por precisar su naturaleza jurídica, Jarroson considera al arbitraje "una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos"[25]. Dicho tercero es un árbitro, un juez privado escogido y designado por las partes que desean resolver la controversia[26]. En definitiva, debe entenderse al arbitraje como un mecanismo mediante el cual una tercera parte ajena a la controversia, pero escogida por las partes, adopta una decisión vinculante sobre la base de una facultad que le ha sido otorgado mediante la cláusula arbitral.

En Ecuador, la LAM considera al arbitraje como un método de solución de controversias "al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias"[27]. Pueden acudir a arbitraje las personas naturales o jurídicas y, las entidades públicas, con dictamen previo procurador general del Estado.

2.2. Diferencias entre la mediación y el arbitraje

Cuando los MASC empezaron a desarrollarse, los términos arbitraje y mediación se utilizaban indistintamente. *The Oxford English Dictionary*, por ejemplo, definía al arbitraje en los siguientes términos: "*to act as formal* ***arbitrator*** *or umpire, to* ***mediate*** *in a dispute between contending parties*"[28] (énfasis añadido). A través de los años, dicha confusión ha sido superada. Por lo que ahora no es novedad afirmar que la mediación y el arbitraje son distintos procesos con distintas finalidades.

A simple vista, la mediación y el arbitraje podrían considerarse métodos equivalentes[29] si se considera que ambos son una vía alterna a la justicia ordinaria. No obstante, existen importantes diferencias entre ambos. Tal como afirma Meyer, la mediación y el arbitraje son como el día y la noche; mientras la mediación implica ayudar a las partes a que tomen una decisión por ellas mismas, el arbitraje implica ayudar a las partes tomando una decisión por ellas[30].

2.2.1. Autocomposición *vs.* heterocomposición

La principal distinción entre la mediación y el arbitraje reside en la clasificación establecida por Carlenutti entre métodos autocompositivos y heterocompositivos. Los

25 Jarrosson, Charles. *La Notion D´Arbitrage.* Tesis doctoral. Universidad Droit Privé, París, 1987, p. 281. En González de Cossío, Francisco. "Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: Homenaje a Don Raúl Medina Mora". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8 (2008), p. 3.

26 *Cfr.* Clay, Thomas. *L' Arbitre*. Dalloz: Nouvelle Biblitheque de Theses, 2001, p.18. En González de Cossío, Francisco. "Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje". *Óp. cit.*, p. 3.

27 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

28 *The Oxford English Dictionary*. En Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation-Explaining the Differences". *Chicago Bar Record* 69 (1986), p. 263.

29 Baruch, Robert. "Dispute Resolution". *Óp. cit.*, p. 987.

30 *Cfr.* Meyer, Arthur. "Function of the Mediator in Collective Bargaining". *Industrial and Labor Relations Review* XIII/159 (1960), p. 164.

primeros, entendidos como aquellos en los que la solución viene dada por la voluntad de ambas partes; y, los segundos, aquellos en los que la solución del litigio proviene de un tercero neutral ajeno al problema, quien resuelve de forma vinculante[31].

Por un lado, en la mediación las partes arriban a un acuerdo por ellas mismas. Si bien el mediador asiste en el desarrollo de soluciones, no controla el proceso ni impone una decisión a las partes, pues su rol es persuadirlas a enfocarse en sus intereses reales, más allá de lo que conciben como su derecho contractual o legal[32]. Por otro lado, en el arbitraje, el árbitro escucha las posiciones de las partes quienes presentan evidencias y pruebas para respaldar sus argumentos. Tras este proceso, el árbitro emite un laudo vinculante. Por lo general, todo pronunciamiento del árbitro se entiende como regla.

2.2.2. Relación entre el tercero y las partes

Debido a que la mediación es autocompositiva, las partes son las protagonistas del proceso; el rol del mediador, por lo general, se limita a facilitar el diálogo. Por el contrario, en el arbitraje, el tercero no abre un espacio para que las partes dialoguen entre ellas, simplemente guía el proceso y escucha los argumentos y evidencias. Además, en la mediación, las partes pueden tener reuniones privadas, *ex parte* o *caucus* con el mediador, situación que está prohibida en el arbitraje e incluso podría ocasionar la nulidad del laudo[33].

2.2.3. Objetivos que persiguen las partes

Por lo general, en la mediación, las partes buscan alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas, sin sobreponer sus intereses por encima de los de su contraparte; de esta manera, buscan mantener una buena relación entre ellas para el futuro. Sin embargo, en el arbitraje, los intereses de las partes suelen ser más individualistas y cada lado busca que se emita un laudo que no beneficie a su oponente[34]. El arbitraje es adecuado cuando (i) hay baja probabilidad de alcanzar una solución a través de negociación entre las partes y (ii) no es preocupación de las partes mantener una relación amistosa entre ellas en un futuro[35].

2.2.4. Mediadores vs. árbitros

Es evidente que quien está capacitado para ser mediador no necesariamente tiene la habilidad para ser árbitro y viceversa. La mediación, por lo general, es un pro-

31 *Cfr.* Vado, Luis. *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, 2002. https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf (acceso: 21/01/18).
32 Redfern, Alan; Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Tercera ed. Nueva York: Oxford University Press, 1999, p. 31.
33 *Cfr.* Elliot, David. "Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity". *Alberta Law Review* 34/163, p. 166.
34 *Ibid.*
35 Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation". *Óp. cit.*, p. 264.

ceso informal en el que el mediador es activo a la hora de obtener información de las partes, controlar el diálogo y sugerir soluciones. Además de la lógica y el pensamiento racional, el papel del mediador implica intuición, reacciones instintivas, habilidades interpersonales y la capacidad de percibir señales psicológicas y conductuales de las partes[36]. Ahora bien, el arbitraje es un procedimiento con más formalismos en el que el árbitro controla la audiencia, acepta las evidencias, escucha a los testigos y a los argumentos de las partes[37]. Por lo general, el árbitro es un tercero pasivo que emite una decisión final.

Las distinciones que existen entre ser mediador y árbitro responden a un distinto proceso mental. Cooley, en su artículo "Arbitration vs. Mediation: Explaining The Differences" realiza una interesante distinción entre la mediación y el arbitraje en función del proceso mental interno del mediador o del árbitro. Así, en el arbitraje, el tercero emplea principalmente el hemisferio izquierdo del cerebro o procesos mentales racionales, analíticos, lógicos, técnicos. Por el contrario, en la mediación, el tercero emplea el hemisferio derecho o procesos mentales creativos, intuitivos, artísticos, holísticos, emocionales[38].

En definitiva, es evidente que la mediación y el arbitraje guardan importantes diferencias. A la hora de elegir a qué procesos acudir, las partes deben tomar en consideración la naturaleza de la disputa, sus intereses y las ventajas o desventajas que la mediación y el arbitraje pueden ofrecer. Por ejemplo, el arbitraje puede ser beneficioso cuando la disputa involucra materias que requieren de mayor tecnicismo, cuando el conflicto es más escalado y cuando hay poco interés de las partes en mantener sus relaciones. Por el contrario, la mediación puede resultar beneficiosa cuando las partes son más sensibles, tienen mucho que ganar si sus relaciones personales se mantienen y quieren resolver de manera más amigable sus conflictos.

3. *Med-arb*, *arb-med* y *arb-med-arb:* aproximación a su definición y características

El *med-arb* es un MASC que, por definición, tiene dos etapas: la mediación y el arbitraje[39]. Existen variaciones del *med-arb*; entre las más importantes, el *med-arb diff*[40] y el *med-arb same*. En el primero, las dos etapas son conducidas por distintas personas[41] mientras que en el segundo interviene un tercero que actúa

36 *Id*. p. 263.
37 *Cfr.* Bartel, Barry. "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential". *Willamette Law Review* 27/661 (1991), p. 664.
38 Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation". *Óp. cit.*, p. 263.
39 *Cfr.* Ross, William y, Conlon, Donald. "Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration". *The Academy of Management Review* XXV/2 (2000), p. 417.
40 Sobre el *med-arb diff* como una variación del *med-arb*, *vid.* Sherry, Landry. "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model". *Defense Counsel Journal* 63/263 (1996), p. 267.
41 *Cfr.* Pappas, Brian. "Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution". *Harvard Negotiation Law Review* XX/157 (2015), p. 159.

tanto de mediador como de árbitro[42]. El *med-arb same*, es el modelo que mayor controversia ha generado en la actualidad; por tal razón, es motivo de análisis del presente artículo. Así, en el *med-arb same,* existen dos fases: en la primera etapa, las partes por sí mismas, pero con la ayuda de un tercero, buscan llegar a un acuerdo para resolver la controversia; y, en caso de no hacerlo, se activa de manera inmediata la segunda etapa. En esta, el *med-arbiter*[43] asume facultades de árbitro y pone fin al conflicto a través de su decisión[44].

Por otro lado, el *arb-med*, es un MASC en el cual la mediación por definición es intraproceso, es decir, puede ocurrir después de la primera audiencia y hasta antes que el tribunal arbitral emita su laudo[45]. Los miembros del tribunal arbitral serán los encargados de llevar a cabo la mediación que puede ser solicitada a petición de parte o de oficio. Los *med-arbiters* son los responsables de consultar a las partes si desean o no someterse a mediación, en caso de ser afirmativa la respuesta, aquellos se convierten en mediadores y asisten a las partes a solucionar su conflicto mediante la suscripción del acta de mediación[46]. Una derivación del *arb-med*, que algunas legislaciones han implementado es el *arb-med-arb*. En este caso, de no llegar a ningún acuerdo en mediación, el arbitraje se reinstala y el tribunal emite un laudo[47].

3.1. *Med-arb, arb-med* y el *arb-med-arb* en Ecuador

A diferencia de lo que ha ocurrido en distintas tradiciones jurídicas, en Ecuador, ni el *med-arb* ni el *arb-med* ni el *arb-med-arb*, son figuras reconocidas por el ordenamiento. En cuanto al *med-arb*, a pesar que no existe una referencia expresa a este mecanismo en nuestra legislación, la LAM prohíbe que la institución opere. Ello en virtud que el artículo 49 de dicho cuerpo normativo recoge que “quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes”[48].

Por otro lado, en cuanto al *arb-med*, al no existir una prohibición expresa para su funcionamiento, las partes, amparadas en el principio de autonomía de la voluntad, podrían pactar este mecanismo. En dicho caso, la cláusula debería autorizar al árbitro a ejercer facultades de mediador para emitir el acta de mediación que ponga fin a la controversia. Así, este procedimiento se iniciaría como un arbitraje en el cual el árbitro pasa a resolver la controversia en la etapa de mediación.

42 *Cfr*. Baril, Mark y Dickey, Donald. “Med-Arb: The Best of Both World o Just A Limited ADR Option?” *American bar association* XIX/3 (2014), p. 3.

43 Término que se utilizará en el presente artículo para definir al tercero que interviene tanto en la etapa de mediación como en un posible arbitraje.

44 *Cfr*. Kwon, Hyung. “Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs”. *Concordia Law Review* II/44 (2017), p. 58.

45 *Cfr*. Raymond, Leung. “Arb-Med in China and its Application to the Insurance Industry”. *Asian Dispute Review* 2012/4 (2012), p. 109.

46 *Cfr*. Ludington, Carol. “Med-Arb: If the parties agree”. *Arbitration Law* V/313 (2017), p. 314.

47 *Cfr*. Lang, Georgialee. “Family Law Med/Arb: The Best of Both Worlds?”. *The Advocate* 71/ 839 (2013), p. 842.

48 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 49. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si es que las partes no alcanzan una solución en la etapa de mediación?, ¿podría el *med-arbiter* retornar a su rol como árbitro? En Ecuador, por la prohibición antes mencionada del artículo 49 de la LAM, no se podría pactar *arb-med-arb*. En este procedimiento, si es que las partes no alcanzan un acuerdo en la fase de mediación, el tercero retoma su rol como árbitro para emitir un laudo vinculante; lo cual en Ecuador resultaría inaplicable.

3.2. Legislación comparada

A pesar de que, en Ecuador, no existe una regulación respecto de los mecanismos *med-arb* y *arb-med*, distintas tradiciones jurídicas sí contemplan a dichas figuras como parte de su normativa. Más allá de las críticas que puedan realizarse, el reconocimiento de dichos mecanismos implica garantizar la autonomía de la voluntad. Por lo mismo, es relevante tomar en cuenta cómo distintos países han desarrollado el *med-arb* y el *arb-med*.

3.2.1. Estados Unidos: protección de la confidencialidad

En 1970, el árbitro Sam Kagel utilizó por primera vez el *med-arb* como MASC. Él consideró como su obligación asistir a las partes como mediador para que estas resuelvan la mayor cantidad de divergencias en mediación y, posteriormente, las disputas sin resolver se llevarían a arbitrar[49]. Posteriormente, la Corte de Ohio, en el caso Bowden c. Wickert[50] estableció la importancia del *med-arb* como un MASC. Además, señaló que, para que este mecanismo funcione, debe existir: (i) evidencia de que las partes otorgaron al mediador las facultades del árbitro; (ii) una estipulación escrita sobre arbitrar todo aquello que no se llegó a un acuerdo en mediación; y, (iii) un acuerdo sobre la renuncia de confidencialidad en el proceso de mediación en caso que la disputa se resuelva mediante arbitraje[51].

Asimismo, en el caso U.S Stell Miningin Company c. Wilson Down-hole Services, la Corte del Distrito de Pensilvania reconoció la importancia del consentimiento de las partes para otorgar al mediador las facultades de árbitro. Además, estas acordaron que el árbitro podría utilizar toda la información obtenida durante la mediación para tomar una decisión final; es decir, solo a través del acuerdo de las partes se puede eludir la confidencialidad de la mediación[52]. El desarrollo jurisprudencial de los Estados Unidos es una piedra angular en el reconocimiento del *med-arb* y el *arb-med* [53] y su aporte principal, como se ha demostrado, es la protección de la confidencialidad.

49 *Id.*, p.839.

50 Corte de Ohio. *Bowden v. Weickert*. Sentencia, 3 de febrero de 2006. En Pappas, Brian. "Med-Arb and the Legalization". *Óp. cit.*, p. 174.

51 *Ibíd*.

52 Corte del Distrito de Pensilvania. *U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services*. Sentencia, 5 de octubre de 2006.

53 Sobre el desarrollo jurisprudencial del *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb*, *vid. IBM c. Fujtisu; Conoco Inc. c. Browining Ferris Industries*; y, *Federal Deposit Insurance Corporation & Chery c. Bekart and Holland*. En Elliot, David. "Med/Arb". *Óp. cit.,* p. 166.

3.2.2. China: impulso a la institución del *arb-med*

Confucio, reconocido pensador chino, promovió la solución pacífica de controversias desde tiempos inmemorables[54]. Por esta razón, la mediación fue utilizada como mecanismo principal para solucionar las disputas en China desde aquellas épocas. Ahora bien, aquella tendía a fallar porque dependía de la sola voluntad de las partes por lo que se empezó a utilizar el *arb-med* [55].

En 1995, con la aprobación de la Ley de Arbitraje, se reconoce la institución del *arb-med-arb* en China[56]. El artículo 51 de esta Ley prescribe la obligación del tribunal arbitral de buscar un acuerdo conciliatorio antes de dictar un laudo[57]. Tras la aprobación de las Reglas CIETAC, se reconoció al *arb-med* en los siguientes términos: "Cuando ambas partes desean mediar, o cuando un parte desea mediar y el tribunal arbitral ha obtenido el consentimiento de la otra parte, el tribunal arbitral puede mediar en el curso del procedimiento arbitral"[58]. Por lo tanto, podemos inferir que, en China, los árbitros deben actuar como mediadores[59]. En este país se promueve el uso del *arb-med* como mecanismo idóneo para resolver disputas de carácter comercial internacional[60].

3.2.3 . Australia: soluciones frente a las desventajas del *med-arb* y el *arb-med-arb*

La Ley de Arbitraje Comercial de Australia, aprobada en el año 2011, contiene importantes propuestas para mitigar los riesgos que pueden surgir de un proceso *med-arb* y *arb-med-arb*. La sección 27D contiene algunas soluciones, entre ellas: (i) que las partes puedan acordar que la mediación sea conducida sin reuniones *ex parte*; (ii) que las partes tengan la oportunidad para optar por no participar del acuerdo si tienen dudas sobre la parcialidad del árbitro; (iii) que las partes puedan solicitar, en cualquier momento, que el *med-arbiter* deje de resolver la controversia; y, (iv) que las partes deban dar su consentimiento en tres momentos: (a) al momento de celebrar la cláusula; (b) al momento que el *med-arbiter* actúe como mediador en *caucus* separados y, (c) al momento en el que el tercero procede a arbitrar[61].

54 *Cfr.* Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Kun, Fam. "Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China". *Journal of International Arbitration* 25/4 (2008), p. 480.

55 Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb in China". *University of Pennsylvania Journal of Business Law* XVII/4 (2015), p. 1296.

56 *Cfr.* Harpole, Sally. "The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China". *Journal International Arbitration* XXIV/623 (2007), p. 24. En Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb". *Óp. cit.*, p. 1295.

57 Ley de Arbitraje (China). Artículo 51. 31 de agosto de 1994.

58 Reglas del CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission). Artículo 45. 3 de febrero de 2012.

59 Raymond, Leung. "Arb-Med in China". *Óp. cit.*, p. 110.

60 *Cfr.* Cheng, Tai- Heng y Kohtio, Anthony. "The Limits to Apply Chinese Med-Arb Internationally". *New York Dispute Resolution Lawyer* II/1 (2009), p. 95.

61 Commercial Arbitration Act. Section 27D. 1 de julio de 2017.

3.2.4. Canadá: institucionalización del *med-arb* y el *arb-med-arb*

En 1960, el juez Alan Gold de la Corte Superior de Quebec, introdujo el *med-arb* como MASC en la disputa sobre el río St. Lawrence[62]. Posteriormente, en 1970, el *med-arb* fue utilizado para resolver controversias relacionadas con la construcción y el trabajo. Finalmente, en 1990, el *med-arb* se institucionalizó y fue utilizado por la industria para resolver conflictos en diversos campos: la enfermería, la publicidad, la educación, el comercio entre otros[63].

3.2.5. Hong Kong

En 2011, el *med-arb* fue reconocido como MASC en la Ley de Arbitraje Ordinario[64]. Dicha Ley permite al mediador dentro de un proceso actuar tanto de mediador como de árbitro. Además, este país reconoce el *arb-med* en la sección 33 de esta misma Ley, este procedimiento tiene como piedra angular el consentimiento de las partes para poder activar la vía de mediación[65].

3.3. Ventajas y desventajas de los mecanismos *med-arb*, *arb-med* y *arb-med-arb*

Cada MASC tiene potenciales ventajas y desventajas. Las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, aceptan los beneficios y perjuicios de un modelo cuando lo escogen para solucionar sus controversias. Tanto el *med-arb,* el *arb-med* y el *arb-med-arb* surgen con el afán de unificar las ventajas de la mediación y el arbitraje; sin embargo, aquella fusión acarrea también una serie de críticas. Así, al pactar *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb* las partes deben estar conscientes de las posibles ventajas o desventajas que pudieren presentarse.

3.3.1. Ventajas

De manera general, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* tienen ciertas ventajas sobre los tradicionales MASC. En primer lugar, se pueden aplicar los beneficios tanto de la mediación como del arbitraje[66]; en segundo lugar, es menos costoso para las partes[67]; y, por último, las partes tienen la certeza que llegarán a una decisión final[68].

62 Lang, Georgialee. "Family Law MED/ARB". *Óp. cit.*, p. 839.
63 *Id.*, p. 840.
64 *Cfr.* Srikant, Deekshitha y Arka, Saha. "Amalgamating The Conciliatory And The Adjudicative: Hybrid Processes And Asian Arbitral Institutions". *Indian Journal of Arbitration Law* III/1 (2014), p. 78.
65 *Id.,* p. 79.
66 *Id.*, p. 87.
67 *Cfr.* Gregory, David. "The Internationalization of Employment Dispute Mediation". *New York International Law Review* II/28 (2001), p. 28. En Weisman, Martin. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Dispute Resolution Magazine* XIX/3 (2013), p. 40.
68 *Cfr.* Kwon, Hyung. "Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs". *Concordia Law Review* II/44 (2017), p.67.

3.3.1.1. Aplicación de los beneficios de la mediación y el arbitraje

El *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son mecanismos que, por lo general, se pactan con el afán de armonizar las ventajas de la mediación y el arbitraje. En primer lugar, una ventaja que surge de dicha fusión es la inmediación. El principio de inmediación se encuentra reconocido en los artículos 75 y 169 de la Constitución del Ecuador[69]. En palabras de Fernández, el principio de inmediación es aquel que ordena que "el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde está registrada"[70]. En tal sentido, la Corte Constitucional ha determinado que, "a través de la inmediación, se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso, desde su inicio hasta su conclusión"[71].

Ahora, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* reconocen este principio y, de hecho, lo fortalecen ya que el tercero imparcial actuará como mediador y árbitro en las dos etapas. La cercanía que tiene el *med-arbiter* con las partes le permitirá resolver de mejor manera, en caso de tener que actuar como árbitro. El *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son instituciones donde se refleja el principio de inmediación puesto que las partes han depositado su confianza en el *med-arbiter* que les acompañará durante todo el proceso[72].

Asimismo, la unión del arbitraje y la mediación genera mayor flexibilidad del procedimiento. En palabras de Caivano, "una de las ventajas del arbitraje es su flexibilidad. En principio, las partes pueden convenir todos los aspectos del sistema y adaptarlo a las necesidades del caso"[73]. Asimismo, "aunque la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe interpretarse como un procedimiento estructurado sino flexible"[74]. Tanto el arbitraje como la mediación permiten que el proceso se ajuste a las necesidades de las partes. Por ejemplo, una gran ventaja del *arb-med* y del *arb-med-arb*, es la posibilidad de interrumpir el proceso arbitral en cualquier momento para que las partes medien[75].

---

69 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 76 y 169. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

70 Fernández, Mauricio. "El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción". Revista del Instituto de la Judicatura Federal (2014), p. 69.

71 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 1221-14-EP*. Sentencia 005-16-SEP-CC.

72 Cheng, Tai- Heng y Kohtio, Anthony. "The limits to Apply". *Óp. cit.*, p. 96.

73 Caivano, Roque. *El arbitraje: nociones introductorias.* http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf (acceso: 18/01/18).

74 Villaluenga, Leticia. *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediación.pdf (acceso: 04/02/18).

75 Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb". *Óp. cit.*, p. 1302.

3.3.1.2. Economía procesal

Combinar la mediación y el arbitraje en un solo proceso puede ser más económico para las partes, en tiempo y en dinero, que llevarlos de manera separada por dos razones fundamentales. La primera, si las partes no llegan a un acuerdo en mediación, no tendrán que contratar ni esperar la designación del otro tercero neutral para que tome una decisión final y vinculante respeto a su caso, puesto que el mismo *med-arbiter* intervendrán en la fase de arbitraje. La segunda, hay ciertos problemas que ya se solucionan en mediación por lo que la disputa versa sobre los asuntos que no han alcanzado una solución[76].

3.3.1.3. Seguridad de llegar a una decisión final

En palabras de Brewer y Millis, "la principal ventaja del *med-arb* y del *arb-med-arb* es la certidumbre de poner fin al conflicto"[77]. Esta característica es tomada del arbitraje ya que el árbitro tiene la facultad de tomar una decisión final y vinculante; cosa que no ocurre en la mediación puesto que son las partes las únicas que pueden poner fin al conflicto[78]. Los procedimientos de *med-arb* y *arb-med-arb* gozan de este beneficio, puesto que, en caso de no llegar a una decisión final en la etapa de mediación, el *med-arbiter* se reviste de facultades de árbitro y dicta un laudo final, situación que no ocurre en el *arb-med*, puesto que el mediador no tiene la potestad de adoptar una decisión final y vinculante.

3.3.2. Desventajas

Existen ciertas preocupaciones respecto del *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* que han ocasionado su falta de reconocimiento en la mayoría de legislaciones. A pesar de las ventajas mencionadas se critica a estos procedimientos, en virtud distintas razones, siendo las principales: (i) la dificultad que un tercero pueda asumir el rol de *med-arbiter*; (ii) la dificultad de garantizar la imparcialidad del proceso; y, (iii) la consideración del *med-arb* y del *arb-med-arb* como un obstáculo a la confidencialidad.

3.3.2.1. ¿Puede un tercero reunir las características de un mediador y de un árbitro?

Una de las ventajas comparativas de la mediación y del arbitraje frente a la justicia ordinaria es la posibilidad que tienen las partes de escoger, sobre la base de la autonomía de la voluntad, quién actuará como tercero imparcial al resolver sus disputas. Ahora bien, tratándose de un mecanismo de *med-arb*, *arb-med* o

76 *Cfr.* Blankeshin, John. "Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR." *Tennessee Bar Journal* (2006), p. 34.
77 *Cfr.* Brewer Thomas y Lawrence, Millis. "Combining Mediation and Arbitration". *Dispute. Resolution Journal* 54/4 (1999), p.34.
78 Baril, Mark y Dickey, Donald. "Med-Arb: The Best of Both". *Óp. cit.*, p. 4.

arb-med-arb dicha elección resulta considerablemente más compleja e incluso es más probable que dicho tercero no satisfaga las expectativas de las partes pese a su experticia y habilidad.

En un procedimiento de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb*, el *med-arbiter* debe reunir las virtudes que posee tanto un mediador como un árbitro; es decir, debe ser un facilitador de diálogo y, en caso de no solucionar la disputa por ese medio, pasar a ser quien resuelva la controversia de acuerdo a su percepción del caso. Por esta razón, la Sociedad de Profesionales en Disolución de Disputas señaló que el uso de más de una forma de resolución de disputas con la intervención de solo un tercero, involucra responsabilidades adicionales; es decir, el individuo seleccionado debe estar capacitado para actuar como mediador y como árbitro y debe considerar los riesgos que implica actuar en un proceso de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb* [79].

3.3.2.2 . ¿Puede el mediador mantenerse imparcial?

La imparcialidad del tercero es un requisito *sine qua non* de la mediación y el arbitraje[80]. Su importancia es de tal magnitud que ha alcanzado una protección global e incluso se ha recogido en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI)[81], en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)[82], en el Convenio Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI)[83] y en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, en adelante, LCIA)[84]"[85]. Durante un proceso de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb*, la confidencialidad podría verse afectada puesto que, ya sea de manera consciente o inconsciente, es altamente probable que el tercero adquiera empatía hacia una de las partes.

La información confidencial que se revela durante el caucus puede parcializar la decisión del *med-arbiter* a favor de la posición de una de las partes. Así, el tercero acudirá a la etapa de arbitraje con una opinión preconcebida –producto de la etapa de mediación– siendo probable que pierda su neutralidad e interprete las evidencias y los argumentos de manera parcializada. Es difícil, casi imposible, creer que el *med-arbiter* no se vea afectado tras haber tenido acceso a información confidencial, íntima, emocional y personal de las partes[86].

79 SPIDR Ethics Committee. "Ethical Standars of Professional Responsibility" (1994). En Goss, Joanne. "An Introduction". *Óp. cit.*, p. 19.
80 *Cfr.* De Vera, Carlos. "Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China". *Columbia Journal of Asian Law* XVIII/149 (2004), p. 157.
81 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Artículo 11. 2010.
82 Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. Artículo 11.1. 2012.
83 Convenio del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones: Reglamento y Reglas. Artículo 14. 2006.
84 Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Artículo 5.2. 1998.
85 Redfern, Alan; Hunter, Martin. *Law and Practice*. *Óp. cit.*, p. 211.
86 *Cfr.* Lauchli, Martin. "Cross-Cultural Negotiations, With A Special Focus on ADR with the Chinese". *William Mitchell Law Revie* XXVI/1045 (2000), p. 145. En De Vera, Carlos. "Arbitrating Harmony". *Óp. cit.*, p. 150.

El temor a que el tercero se aleje de su imparcialidad puede generar ciertos inconvenientes. En primer lugar, es probable que, durante el proceso de mediación, las partes omitan información por miedo a que aquella incida en la neutralidad del *med-arbiter* [87]. En segundo lugar, el recelo que las partes generan a acudir a arbitraje ocasionaría que, durante la etapa de mediación, celebren un acuerdo insatisfactorio por sentirse coaccionados a hacerlo[88].

En Ecuador, esta posible desventaja podría tener graves consecuencias. La imparcialidad es un principio procesal reconocido constitucionalmente. El artículo 75 de la Constitución lo reconoce como un derecho que corresponde a toda persona en razón de la tutela judicial efectiva[89] y el artículo 76 lo consagra como una garantía básica del debido proceso[90]. Así, es probable que en un proceso de *med-arb* o *arb-med-arb* la decisión final sea parcializada vulnerando así el debido proceso, un derecho y garantía de orden constitucional.

3.3.2.3. ¿Puede el *med-arbiter* apartarse de información confidencial a la hora de emitir su decisión final?

La desventaja que mayor preocupación ha generado es la posible afectación a la confidencialidad del proceso. Así, se cuestiona que quien ha actuado dentro de un proceso de mediación utilice la información revelada de manera privada por las partes para respaldar su argumento en un laudo posterior.

La confidencialidad puede ser definida desde dos puntos de vista, uno positivo y otro negativo. En un sentido positivo, implica mantener en secreto la información que proviene de las sesiones de mediación y mantener en reserva la información que se trate durante el proceso. En un sentido negativo, la confidencialidad comprende una obligación de no hacer, es decir, de no divulgar ningún documento, dato, hecho o cualquier información que el mediador conozca durante el proceso[91].

En Ecuador, la mediación es confidencial por regla general. Así, es obligación de los partícipes mantener la debida reserva[92]. Esa reserva es el pilar fundamental del proceso de mediación y es esencial garantizarla puesto que las partes "confían hechos y sentimientos íntimos que quizá nunca pensaron compartir, ni aun con los más allegados"[93].

87 *Cfr.* Ury, William, *et al. Getting Disputes Resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Massachusetts: PON Books, 1993, p. 80. En Wolski, Bobette. "Arb-med-arb (and MSASs): A Whole Which Is Less tha, Not Greater than, the Sum of Its Parts". *Contemporary Asia Arbitration Journal* VI/249 (2013), p. 259.

88 Kwon, Hyung Kyun. *Med-Arb Adoption*. *Óp. cit.*, p. 61.

89 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

90 Constitución de la República. Artículo 76. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

91 Viola, Isabel. *La confidencialidad en el procedimiento de mediación*, 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ (acceso: 12/02/2018).

92 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 50. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

93 De Almeida, Mario. *Reflexiones sobre la confidencialidad.* Buenos Aires: El Acuerdo, 1996, p. 14.

¿Cómo se afecta a la confidencialidad en un proceso de *med-arb*? Como se ha precisado, en la etapa de mediación el *med-arbiter* recurre a reuniones privadas y separadas con las partes con el fin de "obtener información que ellos prefieren no discutir en una reunión conjunta"[94]. Lo que genera preocupación es que la información *ex parte* que el mediador adquiere durante dicha etapa, pueda terminar utilizándose como evidencia en el laudo final. Aquello ocasionaría que la misma perdiese su calidad de confidencial, afectando la objetividad del tercero neutral y el flujo de información entre las partes en disputa[95].

Los efectos de la falta de confidencialidad se han vuelto evidentes en la práctica[96]. En el año 2006, la Corte de Apelaciones de Ohio conoció el caso Bowden v. Weikert. En el mismo, dos compañías celebraron un contrato para la venta de un negocio de seguros en el que incluyeron una cláusula *med-arb*. Surgida la controversia, el *med-arbiter* actuó como mediador; sin embargo, puesto que no fue posible llegar a un acuerdo, cambió su rol al de árbitro. Para emitir su decisión final y vinculante, el tercero basó su razonamiento en los argumentos que habían sido expuestos por las partes en la etapa de mediación[97]. Posteriormente, el laudo fue impugnado y el tribunal anuló la decisión del *med-arbiter* al considerar que las comunicaciones *ex parte* debían permanecer confidenciales durante la fase de arbitraje. El tribunal consideró que el árbitro solo podía basar su decisión en el contrato original o en cualquier otra evidencia presentada durante la audiencia de arbitraje[98].

A través de este caso se deja en evidencia cómo los sistemas de *med-arb* y *arb-med-arb* generan una serie de deficiencias en el debido proceso respecto a la confidencialidad. Dicho criterio ha sido replicado por la Corte de Apelaciones de California en el caso Logan c. Logan en el que se concluyó que incluir una referencia, en el proceso de arbitraje, a información confidencial obtenida durante la mediación, constituye un motivo para anular o modificar el laudo arbitral[99].

Así, a pesar que el *med-arb* y el *arb-med-arb* han alcanzado gran popularidad en ciertas culturas jurídicas, la disputa acerca de la compatibilidad entre el arbitraje y la mediación continúa vigente. Aparentemente, este sistema proporciona ventajas únicas a las partes; no obstante, analizar otras experiencias nos permite concluir que también genera serias preocupaciones.

---

94 Wright, Walter. *La protección de la confidencialidad en la mediación*, 2010. https://www.mediate.com/articles/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm (acceso: 15/01/18).

95 *Cfr.* Kelso, Brian. *Drawing Outiside the Lines: Utilizing International Approaches to resolve due process concerns in Med-Arb*, 2015. http://moritzlaw.osu.edu/mayhew-hite-report/2015/11/20/kelso-placeholder/ (acceso: 13/02/2018).

96 Sobre casos en los que los tribunales se pronunciaron sobre la protección de la confidencialidad en el proceso de *med-arb, arb-med* y *arb-med-arb*, *vid.* Gaskin v. Gaskin; Lindsay v. Lewandowski; U.S Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services; Conkle and Olesten v. Goodrich Goodyear and Hinds.

97 Corte de Apelaciones de Ohio. *Bowden v. Weickert*. Sentencia 20 de junio de 2003.

98 Kelso, Brian. *Drawing Outiside*. *Óp. cit.*

99 Corte de Apelaciones de California. *Logan v. Logan.* Sentencia de 17 de octubre de 2007.

4. La realidad del *med-arb* y el *arb-med-arb* en Ecuador

4.1. Imposibilidad de implementar el *med-arb* y el *arb-med-arb* en la legislación ecuatoriana

Como se precisó, el artículo 49 de la LAM, a pesar que no hace referencia expresa al *med-arb* ni al *arb-med-arb*, imposibilita que dichos mecanismos sean implementados en Ecuador al establecer que quien ha actuado como mediador en un conflicto no podrá intervenir en el mismo como árbitro[100]. Dicha prohibición genera un cuestionamiento principal. ¿Acaso la LAM no tiene como premisa fundamental garantizar la autonomía de la voluntad? Galindo se refiere a este impedimento en los siguientes términos:

> Se ha planteado la imposibilidad de que, de acuerdo a nuestra legislación, se pueda utilizar el mecanismo del *med-arb* por la disposición del artículo 49 de la LAM. Consideramos que esa interpretación es errónea, ya que, como lo afirmamos ya en este trabajo, la base de la LAM es la autonomía de la voluntad de las partes y si estas, libre y voluntariamente, deciden que el mediador tenga la potestad de pronunciarse por no alcanzar un acuerdo durante la mediación, dándole a dicho pronunciamiento el carácter de vinculante, no hay razón para que no pueda así pactarse[101].

El principio rector y fundamental de todo MASC es la autonomía de la voluntad. En palabras de González, aquella "es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial"[102]. Las partes son las dueñas de sus controversias y corresponde a ellas elegir, en virtud de sus aspiraciones, el sistema de resolución de conflictos que mejor satisfaga sus intereses y que más se acerque a su voluntad.

Seguramente el legislador, al positivar la prohibición del artículo 49, tomó en consideración las posibles desventajas que podrían darse como consecuencia de un proceso de *med-arb* o de *arb-med-arb*; y así, en un intento por garantizar la tutela judicial efectiva, minimizó la importancia de la autonomía de la voluntad. De cualquier modo, hay que recordar que "cuando, por la autonomía de la voluntad, y tratándose de materias disponibles, las partes utilizan otros sistemas de resolución de controversias, también se está haciendo justicia".[103] Por lo mismo, más allá de las críticas que puedan hacerse a dicho sistema, no es justificable que se impida a las partes escoger cómo y con quién desean que sus controversias alcancen una solución. De esta manera, ¿por qué prohibir a las partes acceder a un mecanismo de *med-arb* o *arb-med-arb* cuando la base de todo MASC es la autonomía de la voluntad?

---

100 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 49. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

101 Galindo, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio* II/4 (2001), p. 128.

102 González, Cazorla. *La mediación de consumo en el arbitraje institucional*, 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ (acceso: 10/02/18).

103 San Cristóbal, Susana. "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil". *Análisis Jurídico y Económico Escurialense* 46/39 (2013), p. 51.

4.2. La posible implementación del *arb-med-* en la legislación ecuatoriana

Si bien en Ecuador existe una prohibición expresa respecto de la actuación de un mediador como árbitro dentro de un mismo proceso, no existe ninguna norma que prohíba a los árbitros actuar como mediadores. En derecho privado, todo lo que no está prohibido está permitido. Por lo mismo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes tienen total libertad pactar una cláusula *arb-med*.

Según Alessandri, el principio de autonomía de la voluntad es "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración"[104]. Este principio se encuentra reflejado en la suscripción de la cláusula arbitral y "no cabe duda de que la piedra angular del arbitraje, ya sea doméstico o internacional, es el convenio arbitral"[105]. En Ecuador, el artículo 5 de la LAM define al convenio arbitral como "el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[106]. Tenemos que recordar que uno de los efectos principales del convenio arbitral es atribuir competencia a los árbitros[107]. Por lo mismo, si las partes acuerdan, sobre la base de su autonomía de la voluntad, que el árbitro puede actuar como mediador dentro del proceso arbitral estamos frente a una cláusula *arb-med*. Por lo expuesto, la cláusula *arb-med* surte efectos y nace a la vida jurídica con el solo consentimiento de las partes, siendo el único requisito de la LAM que conste por escrito[108].

La LAM exige, en su artículo 15, que una vez contestada la demanda o la reconvención se "notificará a las partes señalando día y hora para que tenga lugar la **audiencia de mediación** a fin de procurar un avenimiento de las partes"[109] (énfasis añadido). De este artículo se desprende que, antes de la audiencia de sustanciación[110], debe existir una audiencia de mediación. Este proceso de mediación es autónomo a la fase de mediación que podría surgir como parte de un procedimiento *arb-med*; por lo tanto, no afecta su naturaleza.

Ha quedado claro que, por disposición legal, en todo proceso arbitral, existe una audiencia de mediación que no es parte del proceso *arb-med*. Por esta razón, se cuestiona si realmente tendría alguna utilidad que las partes pacten una mediación intraproceso cuando la ley ya lo exigió. ¿Realmente tendría utilidad en Ecua-

---

104 Alessandri, Arturo. *De los contratos.* Santiago de Chile: Chile Editorial Jurídica, 2004, p. 10.

105 Temboruy, Miguel y Gutiérrez, Elena. "Cláusulas patológicas: historias para no dormir", p. 209. En Soto, Carlos. *Tratado de Derecho Arbitral. Tomo 1*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2001, p. 209.

106 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

107 Santos Dávalos, Oswaldo. "Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8 (2016), p. 118.

108 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

109 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 15. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

110 Según el artículo 22 de la LAM, en la audiencia de sustanciación, en virtud del kompetenz-kompetenz, el tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia en razón de la cláusula *arb-med-arb*. Este procedimiento ocurre una vez que se ha dado la audiencia de mediación. Si los árbitros se declaran competentes, las partes están facultadas para solicitar que aquellos actúen como mediadores en cualquier momento del proceso.

dor pactar una cláusula *arb-med*? ¿Podrían las condiciones del conflicto cambiar de tal manera para que las partes busquen mediar una segunda vez? ¿Qué pasa si las partes no llegan a una solución en la mediación? ¿Se deberá conformar un nuevo tribunal arbitral?

4.3. Figuras análogas al *med-arb* y al *arb-med-arb* en Ecuador

Si bien el *med-arb*, *arb-med* y el *arb-med-arb* no se encuentran regulados en la normativa interna ecuatoriana, existen otras figuras que, de una u otra manera, podrían ser vistas como similares y cuya existencia cuestiona la imposibilidad de regular al *med-arb*, *arb-med* y el *arb-med-arb* como instituciones independientes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.3.1. Conciliación en el procedimiento ordinario

En el sistema procesal ecuatoriano la conciliación es una etapa obligatoria dentro de todo juicio. El COGEP dispone que la conciliación debe llevarse a cabo en el procedimiento ordinario[111], sumario[112], ejecutivo[113] y monitorio[114]. Razón, por la cual es obligación de los jueces procurar la conciliación de las partes[115]. La Corte Constitucional colombiana define a la conciliación como:

> [Una] institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares[116].

El artículo 234 del COGEP prescribe que la conciliación podrá realizarse bajo tres supuestos:

> si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.
>
> si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo; y,
>
> si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo[117].

111 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 294. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
112 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 333. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
113 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 354. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
114 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 359. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
115 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 130. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
116 Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-160*, 1999.
117 *Ibíd.*; Código Orgánico General de Procesos. Artículo 243. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

¿Cuál es la posible semejanza entre la conciliación y el *arb-med*? Para ello es preciso analizar el primer y tercer supuesto del artículo precedente.

En el primer supuesto, ocurre que el juez inicia la sustanciación de la causa investido de su potestad coactiva y juzgadora. Posteriormente, en la fase de conciliación, el juez adopta el rol de conciliador y busca que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas. Si lo hacen, la controversia termina con la aprobación del juez en sentencia. Es decir, el conflicto se soluciona por obra de las mismas partes sin la imposición del juez.

Este supuesto se relaciona con el *arb-med*. En este mecanismo, el *med-arbiter* actúa en un primer momento como árbitro y, por solicitud de las partes, adquiere facultades de mediador. La solución al conflicto se alcanza a través del diálogo de las mismas partes y el proceso termina con la suscripción del acta correspondiente.

Por otro lado, el tercer supuesto del artículo 234 guarda relación con el procedimiento *arb-med-arb*. Cuando, en la etapa de conciliación, las partes solo resolvieron ciertos temas de la litis, el juez deberá asumir sus potestades jurisdiccionales y dictar una sentencia para poner fin al conflicto. Asimismo, en el *arb-med-arb* el tercero deberá dictar un laudo sobre los asuntos que no han alcanzado resolución en la etapa de mediación.

Si bien el mecanismo *arb-med-arb* guarda relación con la fase de conciliación en un procedimiento judicial, existe una gran diferencia: la etapa de conciliación proviene de un mandato legal. Mientras que en el *arb-med-arb* el tercero asume facultades de mediador por la sola voluntad de las partes, en la justicia estatal, el funcionario judicial está obligado por ley a procurar la conciliación[118].

El derecho privado "se basa en la idea de que el orden más adecuado para las relaciones entre los individuos es lo que ellos mismo establecen"[119], al contrario de lo que ocurre en derecho público donde el mandato legal es el que prima. Es decir, si en la justicia ordinaria se permite a un tercero actuar tanto de conciliador como de juez en un mismo proceso, no hay razón alguna para que las partes no pudiesen pactar una cláusula *arb-med-arb* con la intervención del *med-arbiter*. ¿Cómo desconocer esta figura en el derecho privado sin desconocer la autonomía de la voluntad?

4.3.2. Duke c. Ecuador: ¿*med-arb* o cláusula escalonada?

En el caso Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador, el Ministerio de Energía y Minas del Ecuador y Electroquil celebraron el 30 de mayo de 2000 dos convenios idénticos de arbitraje y mediación, que llevaban

118 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 130 numeral 11. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
119 Corte Nacional de Apelaciones en lo Comercial. *Zunghiri c. Sánchez Carlos y Otros*. 1999

el nombre "Convenios Med-Arb". Tras el primer año de vigencia de los Contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica, surgieron ciertas controversias respecto de las multas. En virtud del Convenio Med-Arb, las partes iniciaron el trámite de mediación el 19 de diciembre de 2000 ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. La mediación fracasó y, como consecuencia de aquello, el 29 de enero de 2001, Electroquil inició un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Guayaquil[120]. Más allá del análisis que implica el caso en cuestión, surge una interrogante principal: ¿realmente la naturaleza de la cláusula pactada correspondía a un mecanismo de *med-arb*, o se trataba de una cláusula escalonada? Para ello es preciso señalar las diferencias entre ambas.

Según González de Cossío, las cláusulas escalonadas, también conocidas como multinivel, son aquellas que "contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia"[121]. Por lo general, la cláusula escalonada da lugar, en un primer momento, a un proceso de negociación en el que "participen altos funcionarios de cada una de las partes involucradas. Agotada dicha instancia, de no existir acuerdo, se establece que las partes deberán seguir un procedimiento […] de mediación. De nuevo, de no existir un acuerdo […] se establece la posibilidad de acudir al arbitraje"[122].

Aparentemente, las cláusulas multinivel y las *med-arb* podrían considerarse equivalentes tomando en consideración que, en ambas, las partes pactan una etapa de mediación previa al arbitraje. Sin embargo, un breve análisis de su naturaleza y efectos nos permite concluir que guardan importantes diferencias. La principal distinción reside en que, mientras las cláusulas escalonadas han sido categorizadas como *multi-step* ***clauses***, las cláusulas *med-arb* son *multi-step* ***processes***[123]; es decir, las primeras son cláusulas de pasos múltiples, mientras que las cláusulas de *med-arb* consisten en procedimientos híbridos. En las escalonadas, cada MASC que las partes hayan convenido se resuelve en un procedimiento autónomo y con la intervención de un tercero independiente[124]; por otro lado, en las cláusulas *med-arb*, existe un solo procedimiento que involucra dos etapas y en el que interviene un mismo tercero.

Asimismo, una cláusula escalonada común empieza con la negociación, pasa a la mediación y utiliza el arbitraje como último recurso. Si los primeros pasos son

120 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador. Caso CIADI No. Arb/04/19*. 18 de agosto de 2008.

121 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México DF: Porrúa, 2011, p. 302.

122 *Id*., p. 303.

123 *Cfr*. Blankley, Kristin. "The Ethics and Practice of Drafting Pre-Dispute Resolution Clauses". *Creighton Law Review* 49/743 (2016), p. 773.

124 Tal como lo sugiere la cláusula escalonada modelo de la CCI: "En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. El inicio del procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI no impedirá a una parte iniciar el arbitraje de conformidad con la subcláusula (y) que figura a continuación.
Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento". Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. 2012.

exitosos, las partes no necesitarán recurrir a las últimas opciones adjudicatorias. *Contrario sensu*, en el procedimiento de *med-arb* las partes intentan una etapa de mediación y, sobre aquello que no hayan podido resolver, el mismo tercero se convierte en árbitro; las partes pueden volver sobre dichas etapas puesto que aquellas no precluyen[125].

Tal y como ordena el principio de irrelevancia del *nomen iuris*: las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Si bien la cláusula pactada entre Electroquil y el Ministerio fue denominada como "Convenio Med-Arb", esa no es su verdadera naturaleza. En realidad, se trata de una cláusula escalonada en la que la mediación se dio ante el Centro de la Procuraduría General del Estado, y el arbitraje ante la Cámara de Comercio de Guayaquil, con árbitros completamente independientes que no habían intervenido en lo absoluto durante la fase de mediación. Fueron dos procedimientos distintos que responden a lo que Blankley ha denominado *multi-step clauses* o cláusulas escalonadas.

5. Conclusiones

The Best of Both Worlds?[126]. No existe un MASC perfecto. La mediación y el arbitraje, a pesar de ser los MASC utilizados con mayor frecuencia, no siempre satisfacen los intereses de las partes. En respuesta a la necesidad constante de las personas por encontrar un mecanismo que reúna los beneficios de la mediación y el arbitraje surgen el *med-arb,* el *arb-med* y el *arb-med-arb*. La combinación de ambos métodos nos lleva a pensar que existe un mecanismo ideal. Sin embargo, la confidencialidad, la imparcialidad y la dificultad de encontrar un *med-arbiter,* son algunos de los cuestionamientos que nos permiten concluir que el *med-arb, arb-med* y el *arb-med-arb* no son ideales.

Las partes son las que, en virtud del principio de autonomía de voluntad, pueden decidir cómo, cuándo y con quién desean que su disputa se resuelva; la flexibilidad es una ventaja esencial de los MASC frente a la justicia ordinaria. Por lo mismo, que el artículo 49 de la LAM prohíba el reconocimiento del *med-arb* en la legislación ecuatoriana es cuestionable puesto que restringe el principio que inspiró la creación de la misma Ley: la autonomía de la voluntad. Así, la única forma de garantizar el principio en cuestión, sería a través de la derogatoria de esta norma prohibitiva. Del mismo modo, la prohibición del artículo 49 impide que se pacte un mecanismo de *arb-med-arb*. Si bien en un inicio la controversia es conocida por un árbitro, si la disputa no alcanza una solución y deriva a mediación, dicho tercero, el mediador, no podrá intervenir como árbitro una vez más.

La LAM comete un gran error al limitar la autonomía de la voluntad impidien-

125 *Cfr*. Blankley, Kristin. "The Ethics". *Óp. cit*., p. 774.
126 *Vid*. Baril, Mark y Dickey, Donald. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Óp. cit*.; Lang, Georgialee. "Family Law Med/Arb: The Best of Both Worlds?". *Óp. cit*.; Weisman, Martin. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Óp. cit.*

do que el mediador actúe como árbitro en un mismo proceso; no obstante, no prohíbe que el árbitro actúe como mediador si así las partes lo solicitan. Por lo mismo, en Ecuador, es totalmente posible pactar una cláusula *arb-med*.

Es comprensible que el legislador, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva y los principios del debido proceso, haya prohibido la práctica del *med-arb* y el *arb-med-arb*. Efectivamente, los procedimientos *med-arb* y *arb-med-arb* generan ciertas preocupaciones; no obstante, las partes podrían fijar mecanismos en la misma cláusula para subsanarlas. Ciertas tradiciones jurídicas, siguiendo el modelo de Australia, han desarrollado parámetros que las partes pueden pactar para mitigar las desventajas de una cláusula *med-arb* o *arb-med-arb*.

El escenario cambia cuando se trata del *arb-med*. La LAM no prohíbe de modo alguno que un tercero que actuó como árbitro pase a actuar como mediador. Así, las partes podrían pactar una convenio arbitral y determinar que, en caso de no querer continuar con la fase arbitral, el árbitro pase a ser mediador y, tras escuchar a ambos lados, emita un acta de mediación. Al no existir prohibición, podría ocurrir que durante el transcurso del procedimiento arbitral las partes soliciten a los miembros del tribunal que pasen a intervenir como mediadores, sin necesidad de existir un convenio de arbitraje previo. Dichas opciones serían posibles puesto que no existe ley alguna que lo prohíba.

"I cannot tell you the number of times I have been frustrated at the waste of resources in resolving disputes through standard litigation practices. It sometimes reminds me of what an American army captain said in Vietnam: 'To secure the village it was necessary to destroy it"

-David Shaughnessy